Erweiterungen und Beschränkungen des Aussonderungsrechtes

(§§ 46 und 45 der Konkurs-Ordnung).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Paul Markowitz

Referendar am Kgl. Landgericht zu Breslau.

Breslau 1909

Buchdruckerei F. W. Jungfer.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

II. Teil.

Beschränkungen des Aussonderungsrechts.

Literatur-Verzeichnis.

□□□

Beckh, Die Beweislast nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. 1899.
v. **Canstein**, In Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Bd. 9.
Cosack, Handelsrecht, 6. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. und 2. Aufl. 1900.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3. Aufl. 1905.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. 3, 4. Aufl. 1896.
Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. 1889.
Fischer, Preußisches Privatrecht.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl. 1904.
Fitting, Reichskonkursrecht, 3. Aufl. 1904.
Gareis, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1905.
Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung, 8.—9. Aufl. 1906.
Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches. 1904.
Hellwig, Über Erweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche, mit besonderer Beziehung auf § 38 (46) K.-O. im Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 68.
Jacobi, Die Wertpapiere. 1901.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl. 1904.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes. 1891.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes. 1893.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2. 1904.
F. Leonhard, Die Beweislast. 1904.
Lippmann, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 41, S. 112 ff.
Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 1898.
Motive zum Entwurfe eines B. G.-B., Bd. 4.

Motive zur Konkursordnung in den Aktenstücken des deutschen Reichstages, 2. Legislaturperiode, 2. Session 1874/75, Bd. 4, Nr. 200.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. 1. 1898.

Oetker, Konkursrechtliche Probleme in Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 25.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 4. Aufl. 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3 und 4, 3. Aufl. 1906.

Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung. 1904.

Sarwey-Bossert, Konkursordnung, 4. Aufl. 1901.

Schmidt-Habicht, Familienrecht. 1900.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.

Seufferts Archiv, Bd. 49 und 50.

Simm, Die Aussonderungsrechte der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes. Inaugural-Dissertation, Breslau. 1906.

Stieglitz, Konkursordnung. 1887.

v. **Völlderndorf**, Konkursordnung, 2. Aufl. 1885.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechtes, Teil I. 1900.

v. **Wilmowski-Kurlbaum**, Deutsche Konkursordnung, 6. Aufl. 1906.

Wolff, Konkursordnung. 1900.

Wolff, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 22.

§ 1.

Gang der Darstellung.

Das Konkursverfahren umfaßt nach § 1 der Konkurs-Ordnung das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Die Folge ist, daß alle Vermögensgegenstände, die sich zwar tatsächlich im Vermögen des Gemeinschuldners vorfinden, ihm rechtlich jedoch nicht gehören, von dem Konkursverfahren nicht umfaßt werden. Alle diejenigen nun, welche ein Recht auf solche Gegenstände haben, die dem Gemeinschuldner nicht gehören, haben ein sogenanntes Aussonderungsrecht (§ 43 K.-O.).

In den folgenden Ausführungen soll nicht von diesem eigentlichen Aussonderungsrecht gesprochen werden, sondern von seinen Erweiterungen und von seinen Beschränkungen. Im ersten Falle spricht man von der Ersatzaussonderung nach § 46 K.-O.,[1]) im zweiten von dem Aussonderungsrechte der Ehefrau.

Im ersten Falle werden zunächst die Voraussetzungen darzustellen sein, unter welchen der Ersatzaussonderungsanspruch gewährt ist, sodann wird auf die rechtliche Natur dieses Anspruchs eingegangen werden. Der zweite Teil dieser Ausführungen soll zeigen, welchen Beschränkungen bezüglich des Aussonderungsrechtes die Ehefrau unterliegt. Hierbei werden die fünf Güterstände des B. G.-B. eine Berücksichtigung erfahren, indem im einzelnen bei ihnen geprüft werden soll, was für die Ehefrau erforderlich ist, um Gegenstände, die sie für sich beansprucht, auszusondern.

[1]) Auch das sogenannte Verfolgungsrecht des § 44 K.-O. enthält eine Art von Erweiterung des Aussonderungsrechtes. Im folgenden bleibt dieses jedoch unberücksichtigt.

I. Teil.

Die Ersatzaussonderung.

§ 2.

Einleitung.

A gibt dem B Gegenstände in Verwahrung, oder er verleiht, vermietet sie ihm usw. Gerät nun B in Konkurs, so kann A diese Gegenstände nach § 43 K.-O. entweder mit der rei vindicatio gemäß § 985 B. G.-B. oder mit der actio depositi, commodati oder locati usw. aussondern.

Wie steht es aber, wenn B inzwischen diese Gegenstände an C gegeben hat, wenn er sie also an C veräußert, belastet hat? Hier kann von einem Aussonderungsrecht nicht mehr gesprochen werden, denn dieses setzt begrifflich voraus, daß die Gegenstände sich noch in der Masse befinden. Auch gegen C hätte A nur dann Ansprüche, wenn C sich beim Erwerbe nicht in gutem Glauben befunden hat (§ 932 B. G.-B.). Infolge der Verfügung über die Gegenstände des A seitens des Gemeinschuldners B ist dem A also die Aussonderung unmöglich gemacht; der benachteiligte Eigentümer würde höchstens eine Konkursforderung auf Schadensersatz beanspruchen können,[1]) wenn ihn nicht das Gesetz durch positive Vorschrift in § 46 K.-O. schützen würde. Der Gesetzgeber gewährt dem Benachteiligten aus Billigkeitsgründen die Befugnis, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Denn „es würde zu einer offenbaren Unbilligkeit ausschlagen, wollte man gestatten, daß der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte, und die er unrechtmäßig veräußert hatte, zur Konkursmasse und zur Verteilung unter alle Gläubiger einzöge. Die Billigkeit verlangt, daß auch hier die Forderung

[1]) Vergl. Wolff, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 22, S. 240.

auf den Erlös als dem Vindikationsberechtigten zustehend angesehen werde".[1]) § 46 der K.-O. lautet:

„Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist."

§ 3.

I. Voraussetzungen des Anspruchs.

A. Die Aussonderungsfähigkeit eines Gegenstandes.

Zu den Voraussetzungen des Anspruchs, welchen § 46 gewährt, gehört zunächst ein aussonderungsfähiger Gegenstand, d. h. ein Gegenstand, welcher, wenn er nicht veräußert worden wäre, vom Aussonderungsberechtigten hätte beansprucht werden können.

a) Sachen, Rechte und Forderungen.

Das Gesetz spricht hier ebenso wie schon in dem generellen § 43 K.-O. von „Gegenstand", nicht etwa nur von „Sache". Dieser Ausdruck ist gewählt worden, damit außer den körperlichen Sachen auch sogenannte unkörperliche Sachen, Forderungen und sonstige Vermögensrechte mit inbegriffen werden.[2]) Der Hauptanwendungsfall des § 46 wird natürlich der sein, daß fremde Sachen veräußert worden sind. Aber es wäre willkürlich, Forderungen und Rechte hiervon auszunehmen. Auch diese fallen unter den Begriff „Gegenstand". Zwar wird es sich beim Aussonderungsbegehren seltener um eine Aussonderung von Forderungen handeln, weil eine Forderung sich

---

[1]) Motive zur K.-O. S. 1445.

[2]) Wilmowski, § 43 Anm. 1. Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 5; Sarwey-Bossert, § 43 Anm. 2.

immer an eine bestimmte Person knüpft, und dieses Forderungsrecht und die tatsächliche Ausübung desselben nur selten auseinanderfallen werden.[1]) Immerhin ist dies letztere nicht ausgeschlossen, so z. B. wenn eine Forderung fiduciae causa zu Inkasso- oder Sicherungszwecken auf den Gemeinschuldner übertragen wurde, oder wenn der Gemeinschuldner einen Wechsel durch Prokuraindossament erhalten hat.[2]) Insbesondere steht im letzteren Falle dem Indossanten, weil er nach Artikel 17 W.-O. Eigentümer geblieben ist, ein Aussonderungsrecht an dem Wechsel, und wenn diese Gegenstände weiter veräußert worden sind, abgesehen von den weiter unten zu erörternden Voraussetzungen, der Anspruch des § 46 zu. Ferner wird auch demjenigen, welcher ein Orderpapier fiduciae causa an den späteren Gemeinschuldner übertragen hat, nach der herrschenden Lehre im Konkurse des Indossatars bezw. Zessionars ein Aussonderungsrecht gewährt.[3])

Weiterhin kommen als aussonderungsfähige Gegenstände alle selbständigen Vermögensrechte in Betracht, überhaupt alle Rechte, welche auf Grund des § 43 K.-O. ausgesondert werden können, mit der Einschränkung natürlich, daß sie veräußerlich sind, denn nur dann ist begrifflich die Ersatzaussonderung möglich. Es fallen also hierunter dingliche Rechte an Sachen des Gemeinschuldners. Sind solche Rechte inzwischen von dem Gemeinschuldner veräußert worden, so steht dem Dritten, der sie beansprucht, der Anspruch des § 46 zu. Hierher gehören weiterhin die Dienstbarkeiten, insbesondere der Nießbrauch nach § 1030 ff. B. G.-B. Auch Pfandrechte kommen in Frage, jedoch nur insoweit, als es sich um ein Pfandrecht an einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache handelt. Nimmt ein Dritter ein Pfandrecht an einer Sache des Gemein-

---

[1]) Vergl. Sarwey-Bossert, § 43 Anm. 2.

[2]) Vergl. Jäger, § 43 Anm. 22; Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 2.

[3]) Siehe besonders Jäger, § 43 Anm. 20, 22; Sarwey-Bossert, § 43 Anm. 8 III, 2; Fitting, § 22 Not. 5; Cosack, Handelsrecht § 56 Not. 21a; Endemann, § 58 zu Not. 37; Dernburg, B. R. II § 135 IV; Jakobi, S. 55. Abweichend nur Seuffert, S. 93 Anm. 10 und Hellwig, Z.-P.-O. I § 33 Anm. 13.

schuldners in Anspruch, so steht ihm nicht ein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsanspruch nach § 49 K.-O. zu.[1])

§ 4.

b) Aussonderung auf Grund dinglichen oder persönlichen Rechts.

Zur Aussonderungsfähigkeit gehört ferner, daß der auszusondernde Gegenstand auf Grund dinglichen oder persönlichen Rechts in Anspruch genommen werden kann.[2]) Bezüglich des dinglichen Anspruchs ist dies unbestritten. Berechtigt ist also vor allem derjenige, welcher die rei vindicatio hätte anstellen können, oder welcher die Herausgabe auf Grund früheren Besitzes gemäß § 1007 B. G.-B. hätte verlangen können, wenn die Veräußerung nicht erfolgt wäre, also der Eigentümer des Gegenstandes, der früheren Besitzer usw. Nicht unbestritten ist es, ob auch auf Grund nur des obligatorischen Anspruchs der Anspruch des § 46 erworben wird, ob also z. B. der Deponent, Verleiher, Vermieter usw. den Anspruch erwerben. Ein Zweifel ist hier deswegen möglich, weil § 43 K.-O. ausdrücklich von Ansprüchen auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes spricht, während § 46 K.-O. nichts hiervon erwähnt. Es könnte der Fall eintreten, daß die dingliche und die persönliche Berechtigung zwei verschiedenen Personen zusteht, so z. B. wenn B Gegenstände, die A ihm geliehen hat, an C vermietet, verleiht usw. Hier hat A gegen C zwar den dinglichen, nicht aber den obligatorischen Anspruch, welcher dem B zusteht. In diesen Fällen, die jedoch in gleicher Weise bei § 43 wie bei § 46 K.-O. vorkommen können, ist aber nicht anders zu verfahren, wie außerhalb des Konkurses bei kollidierenden Ansprüchen. In Betracht kommt hier namentlich § 986 B. G.-B, wonach der Besitzer die Herausgabe der Sache an den Eigentümer verweigern kann, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet (B), dem Eigentümer gegenüber zum Besitze

---

[1]) Vergl. hierzu Wilmowski, § 43 Anm. 1; Sarwey-Bossert, § 43 Anm. 2.

[2]) Jäger, § 46 Anm. 7; Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 8 und 1.

berechtigt ist. Trotzdem behauptet Hellwig,[1]) daß nur persönlich Berechtigten der Ersatzaussonderungsanspruch nicht zusteht. Er meint: Da die Aussonderung des § 46 abhängig sei von der Genehmigung der Veräußerung, und die Genehmigung nur vom Eigentümer erteilt werden könne, so könne nur dieser den Ersatzaussonderungsanspruch geltend machen.

Unrichtig ist hierbei die Behauptung, daß die Ersatzaussonderung von der Genehmigung der Veräußerung abhängig sei. Richtig ist nur, daß der Eigentümer durch Entgegennahme der Gegenleistung die Veräußerung stillschweigend genehmigen kann,[2]) und daß er damit etwaige Ansprüche gegen den Dritten (z. B. wenn dieser bei dem Erwerbe nicht gutgläubig war) aufgibt. Andererseits kann von einer Genehmigung in all den Fällen, in denen es sich um einen gutgläubigen Erwerb handelt, nicht die Rede sein, denn es läßt sich nicht einsehen, zu welchem Zwecke dieselbe erfolgen sollte; der Dritterwerber wird Eigentümer, ohne daß es einer Genehmigung des bisherigen Eigentümers bedarf.

Auch aus dem Wortlaute des § 46 folgt keineswegs, daß die Abtretung die Genehmigung voraussetze.[3])

Wir kommen hier also zu dem Resultat, daß nicht nur dingliche, sondern auch persönliche Ansprüche die Ersatzaussonderung begründen. Der Benachteiligte kann also die Ersatzaussonderung nicht nur auf Grund eines dinglichen, sondern auch auf Grund eines obligatorischen Anspruchs geltend machen.

§ 5.

c) Unabhängigkeit des Anspruchs von Ersatzansprüchen gegen die Konkursmasse oder gegen Dritte.

Für das Begehren der Ersatzaussonderung wird nicht vorausgesetzt, daß der Berechtigte nach bürgerlichem Recht gegen den Gemeinschuldner etwa wegen Verschuldens einen Ersatzanspruch hat. Im Regelfalle wird freilich dem Benachteiligten

---

[1]) Hellwig, a. a. O. S. 237, 235.

[2]) Jaeger, § 46 Anm. 7; vergl. auch Stieglitz S. 244.

[3]) Jaeger, § 46 Anm. 7.

ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 B. G.-B. gegen den Gemeinschuldner zustehen. Es könnte aber auch der Gemeinschuldner sich bei der Veräußerung der fremden Sache in einem entschuldbaren Irrtum befunden haben. Hier würde der Benachteiligte nach bürgerlichem Recht keinen Schadensersatzanspruch geltend machen können, da der Irrtum die Haftung ausschließt.[1]) Trotzdem aber kann er die Ersatzaussonderung begehren, auch wenn kein Verschulden seitens des Gemeinschuldners vorliegt, denn dieser Anspruch ist ein rein konkursrechtlicher und unabhängig von dem bürgerlichen Recht.[2])

Aus demselben Grunde kann der Benachteiligte die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung auch dann verlangen, wenn er etwa in der Lage ist, die Herausgabe des Gegenstandes von dem dritten Erwerber zu fordern, weil dieser etwa bei dem Erwerbe von dem Gemeinschuldner nicht gutgläubig war. Daher ist die Ansicht Endemanns,[3]) welcher die Ersatzaussonderung für diesen Fall versagt, nicht richtig. Der Konkursverwalter kann den Berechtigten nicht an den Erwerber der Sache weisen.[4]) Hat der Berechtigte aber inzwischen von dem dritten Erwerber den Gegenstand zurückerhalten, so ist der Ersatzaussonderungsanspruch natürlich ausgeschlossen, denn der Berechtigte ist dann nicht mehr benachteiligt.[5])

B. Veräußerung des Gegenstandes.

§ 6.

a) Begriff der Veräußerung.

Die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 46 K.-O. ist, daß der Gegenstand veräußert worden ist. Unter Veräußerung ist hier zunächst der Hauptfall einer Veräußerung, der Verkauf von fremden Gegenständen zu verstehen.

---

[1]) Vergl. Fischer-Henle, § 823 Anm. 1, 2.

[2]) Motive zur K.-O. S. 1445.

[3]) Endemann, K.-O. S. 347.

[4]) Jäger, § 46 Anm. 20; Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 7.

[5]) Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 7; Jäger, § 46 Anm. 20; Seuffert, S. 99, Note 28.

Nur diesen Fall kannte die preußische Konkursordnung von 1855, indem sie in den dem § 46 K.-O. entsprechenden §§ 22, 23, 28, 30, 44 nur von „verkaufen" und „Kaufpreis" spricht. Der Begriff geht aber natürlich über den Kauf hinaus, und zwar schon deswegen, weil der Ausdruck „Kauf" in die Reichs-Konkursordnung nicht aufgenommen und dafür der der „Veräußerung" gesetzt ist. Der Begriff umfaßt jedes Rechtsgeschäft, welches auf „Herbeiführung des Verlustes eines Rechtes gegen Entgelt" gerichtet ist.[1]) Nicht erforderlich ist hiernach eine vollständige Rechtsübertragung, wie Eigentumsübertragung, Zession; es genügt schon eine Belastung mit dinglichen Rechten, Bestellung eines Nießbrauchs, Erbbaurechtes, Pfandrechtes, einer Hypothek usw.[2])

Nicht zum Begriff einer Veräußerung gehört die Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung eines Gegenstandes seitens des Gemeinschuldners, denn der Gegenstand muß einem Dritten durch Rechtsgeschäft überlassen sein.[3]) Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob § 46 zur Anwendung kommt, wenn der Gemeinschuldner einen solchen verbundenen usw. Gegenstand veräußert hat. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich danach, wer zur Zeit der Veräußerung Eigentümer des Gegenstandes gewesen ist. Ist nach der Verbindung oder Vermischung die Sache des Gemeinschuldners als Hauptsache anzusehen, so ist der Gemeinschuldner nach §§ 947 Abs. 2, 948 B. G.-B. Eigentümer dieser Hauptsache geworden. Ein Anspruch nach § 46 K.-O. ist also ausgeschlossen, denn es hätte ja auch bei Nichtveräußerung der Gegenstand selbst nicht ausgesondert werden können. Es bleibt dem Benachteiligten nur eine Konkursforderung gemäß § 951 B. G.-B. übrig. War jedoch die Sache des anderen (des Benachteiligten) als Hauptsache anzusehen, so steht dem Benachteiligten, wenn die Gegenleistung noch aussteht, der Anspruch des § 46 zu. War keine der Sachen als Hauptsache anzusehen, sondern wurden sie

---

[1]) Hellwig, a. a. O. S. 223.

[2]) Wolff, K.-O. § 46 Anm. 4.

[3]) Vergl. Jäger, § 46 Anm. 10; Hellwig, a. a. O. S. 244.

dergestalt miteinander verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache geworden sind, so sind die bisherigen Eigentümer nach § 947 B. G.-B. Miteigentümer dieser Sache geworden. Auch in diesem Falle würde dem Miteigentümer der Anspruch des § 46 zustehen, denn Gegenstand der Aussonderung wäre hier der Anteil des Miteigentümers.[1]) Natürlich dürfte er nur einen seinem Anteile entsprechenden Teil der Gegenleistung beanspruchen.

Auch bei der Verarbeitung kommt für das Bestehen des Anspruchs aus § 46 in Frage, ob der Berechtigte Eigentümer des verarbeiteten Gegenstandes geworden ist, oder der Verarbeiter (der Gemeinschuldner). Ist durch die Verarbeitung eine neue bewegliche Sache hergestellt worden, was nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist, so ist nach § 950 B. G.-B. der Verarbeiter des Stoffes Eigentümer der neuen Sache geworden, und dann ist der Aussonderungsanspruch versagt. Der Eigentümer der früheren Sache wird jedoch nach § 950 B. G.-B. Eigentümer der neuen Sache, sofern der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist, als der Wert des Stoffes. Demgemäß besteht nur für diesen Fall der Ersatzaussonderungsanspruch.

§ 7.

b) Veräußerung durch den Gemeinschuldner oder Verwalter.

Die Veräußerung muß **vor** der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder **nach** der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter ausgegangen sein. Hat **nach** der Konkurseröffnung der **Gemeinschuldner** den Gegenstand veräußert, so kann § 46 nicht in Frage kommen. Der Verletzte könnte sich event. an den Erwerber wegen Herausgabe der Sachen halten, wenn ihm ein solcher Anspruch nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zusteht, oder aber, er nimmt den Gemeinschuldner persönlich in Anspruch. Dieser Anspruch ist keine Konkursforderung, da er nach der Eröffnung des Konkurses entstanden ist.[2]) Ist die hierfür erhaltene Gegenleistung

[1]) Vergl. Petersen-Kleinfeller, § 43 Anm. 6.

[2]) Vergl. Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 4.

zur Masse eingezogen worden, so ist demgemäß die Masse ungerechtfertigt bereichert, und es entsteht ein Masseanspruch nach § 59 Ziff. 3 K.-O.

Der Ansicht,[1]) eine Veräußerung nach Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner sei nach § 7 K.-O. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, mithin könne der veräußerte Gegenstand zur Masse gezogen und nach § 43 ausgesondert werden, kann nicht beigetreten werden, denn es werden die Konkursgläubiger von einer solchen Veräußerung nicht berührt, da ja weder der veräußerte Gegenstand noch die Gegenleistung zur Konkursmasse gehören.[2])

C. Die Gegenleistung.

§ 8.

a) Bei den einzelnen Arten von Verträgen.

Für die Anwendung des § 46 wird weiter vorausgesetzt, daß die Veräußerung gegen eine Gegenleistung erfolgt ist. Von einer Gegenleistung ist immer bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen zu sprechen. Es fallen also hierunter die Kauf- und Tauschgeschäfte des Gemeinschuldners über die ihm nicht gehörigen Gegenstände. Hiernach wäre die Gegenleistung, deren Abtretung der Aussonderungsberechtigte verlangen kann, hauptsächlich die Kaufpreisforderung oder der eingetauschte Gegenstand.

Erfolgte die Veräußerung seitens des Gemeinschuldners unentgeltlich, so fällt der Anspruch des § 46 K.-O. schon deswegen weg, weil dieser Veräußerung keine Gegenleistung gegenübersteht. Der Berechtigte kann hier jedoch die Herausgabe des Gegenstandes selbst von dem Dritten auf Grund des § 816 Abs. 1, Satz 2 B. G.-B. verlangen. Im Konkurse des Dritten ist dieser Anspruch als obligatorischer Anspruch nur Konkursforderung. Aus demselben Grunde kann eine Verpfändung von Gegenständen nicht ohne weiteres unter § 46

---

[1]) Vergl. Seuffert, S. 99 Anm. 27; Oetker, Konkursrechtl. Grundbegr. S. 77; Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 2.

[2]) Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 4; Jäger, § 46 Anm. 11.

K.-O. fallen, denn auch hier ist eine Gegenleistung nicht vorhanden. Dem Urteile des O.-L.-G. Braunschweig,[1]) welches einen Ersatzaussonderungsanspruch auch an dem Überschuß des Pfanderlöses annimmt, soweit er zur Masse gekommen ist, oder was dem gleichsteht, soweit er noch aussteht, kann nicht beigepflichtet werden, denn in dem Überschuß des Pfanderlöses kann niemals die Gegenleistung für eine Pfandbestellung erblickt werden.[2])

Anwendbar wird aber § 46, wenn ein Dritter dem Gemeinschuldner ein Darlehn gegen die seitens des Gemeinschuldners bewirkte Verpfändung fremder Gegenstände versprochen hat. Denn hier stehen sich Leistung (Verpfändung) und Gegenleistung (Darlehensversprechen) gegenüber.[3])

Mangels einer Gegenleistung können alle einseitigen Verträge des Gemeinschuldners insbesondere Leihe und Verwahrung zu dem Ersatzaussonderungsanspruche nicht führen. Die für den Gemeinschuldner bei Abschluß eines dieser Verträge entstehende actio commodati, depositi usw. bildet keine „Gegenleistung" für die Leihe usw. Es ist aber hierfür der Anspruch des § 46 gar nicht erforderlich, denn aus solchen Verträgen des Gemeinschuldners wird sich eine große Benachteiligung des Berechtigten nur sehr selten ergeben. Der Berechtigte hat auf Grund des bürgerlichen Rechts hier weitgehende Befugnisse. In Betracht kommt namentlich § 986 Abs 1 Satz 2 B. G.-B., wonach der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer (den Gemeinschuldner) — und nach erfolgter Herausgabe würde die Aussonderung nach § 43 K.-O. gegeben sein — oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen kann, wenn der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt ist. Eine Befugnis des mittelbaren Besitzers zur Über-

---

[1]) Seufferts Archiv Bd. 49, Nr. 226.

[2]) Ebenso Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 4; Jäger, § 46 Anm. 13; abweichend Kohler, Leitf. S. 116 N. 3.

[3]) Vergl. Wilmowski, § 46 Anm. 7.

lassung dürfte aber nur selten vorliegen. Hierüber entscheidet zunächst die Vereinbarung und dann das Gesetz. Vergl. für die Leihe § 603, für die Verwahrung § 691 B. G.-B.

Sind Gegenstände des Berechtigten von dem Gemeinschuldner auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrages einem Dritten überlassen worden, so bildet der Miet- oder Pachtzins zwar die Gegenleistung für die Überlassung. Eine Ersatzaussonderung dieses Zinses ist jedoch deswegen ausgeschlossen, weil die Vermietung und Verpachtung keine „Veräußerung" ist, die Gegenstände also nicht „veräußert" worden sind.[1]) Aber auch hier ist der Anspruch nicht erforderlich, denn der Berechtigte hat dieselben Rechtsbehelfe, wie sie soeben für die Leihe und Verwahrung geschildert worden sind.

§ 9.

b) Abtretung der ganzen Gegenleistung.

Die ganze Gegenleistung für den veräußerten Gegenstand, soweit sie noch aussteht, muß abgetreten werden, auch wenn sie den Wert der veräußerten Sache übersteigt.[2]) § 46 gewährt eben den Anspruch auf die Gegenleistung schlechthin, ohne Unterschied, ob deren Wert größer oder geringer ist als der Sachwert. Ist der Wert der Gegenleistung geringer als der Wert des veräußerten Gegenstandes, so ist der Aussonderungsberechtigte nicht gehindert, weitere Ansprüche als Entschädigungsansprüche gegen die Konkursmasse geltend zu machen.[3]) Dieser „über den Rahmen des § 46 hinausgehende Anspruch",[4]) der dem Berechtigten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts[5]) zusteht (vorausgesetzt natürlich, daß er durch die Gegenleistung

---

[1]) Ebenso Jäger, § 46 Anm. 8; Wolff, § 46 Anm. 4.

[2]) Jäger, § 46 Anm. 4.

[3]) Jäger, § 46 Anm. 20; Wilmowski, § 46 Anm. 12.

[4]) Jäger, § 46 Anm. 21;

[5]) In Betracht kommt hier namentlich das der Hingabe des Gegenstandes an den Gemeinschuldner zugrunde liegende obligatorische Geschäft, ferner §§ 823 ff. B. G.-B. und (bei der Verwahrung) das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.

nicht gedeckt ist), ist jedoch nur eine Konkursforderung, denn er ist vor der Konkurseröffnung entstanden.

Die Gegenleistung kann nur insoweit gefordert werden, als sie das Entgelt für den veräußerten Gegenstand der Aussonderung ist. Nicht gefordert werden kann hiernach eine Leistung aus einem neben dem Veräußerungsvertrage etwa noch geschlossenen Vertrage; so beispielsweise wenn der Gemeinschuldner fremdes Holz veräußert und zugleich das Schneiden der Hölzer übernommen hat. Hier hat sich die Gegenforderung um den für das Schneiden der Hölzer gewährten Betrag erhöht. Es kann aber nur die Abtretung der Kaufgeldforderung verlangt werden.[1]) Der Aussonderungsberechtigte ist beweispflichtig dafür, inwieweit die Gegenleistung die Kaufgeldforderung bildet.[2]) Ebenso liegt es, wenn in der Gegenleistung eine Vergütung für die Übersendung der Gegenstände oder überhaupt für eine Leistung des Gemeinschuldners enthalten ist.

Hat der Gemeinschuldner eigene und fremde Sachen für einen einheitlichen Preis veräußert, so ist die Ersatzaussonderung nur auf einen dem Wertverhältnis entsprechenden Teil der Gegenleistung zu richten.[3])

§ 10.

D. Ausstehen der Gegenleistung.

Die Geltendmachung der Ersatzaussonderung setzt weiter voraus, daß die Gegenleistung noch aussteht, oder was dem gleich steht (Abs. 2 des § 46 K.-O.), daß sie nach der Konkurseröffnung zur Masse eingezogen ist. Die Frage, ob die Gegenleistung noch aussteht, d. h. ob das Schuldverhältnis noch nicht erloschen ist, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.[4]) In Betracht kommen namentlich §§ 326 ff.

---

[1]) Vergl. R.-G. 11. 1. 99, Jur. W. S. 96 f.

[2]) R.-G. 21. 6. 98, Jur. W. S. 480.

[3]) Wolff, K.-O. § 46 Anm. 5 Abs. 2; Jäger, § 46 Anm. 18 Abs. 2; Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 2; R.-G. 21. 10. 82, Bd. 8 S. 204.

[4]) Jäger, § 46 Anm. 15; Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 3.

B. G.-B. Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, insbesondere ein Wechselakzept, so ist nach der Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 B. G.-B. im Zweifel die neue Verbindlichkeit nicht an Erfüllungsstatt, sondern nur Erfüllungshalber erfolgt. Hier würde also die Gegenleistung noch ausstehen, obgleich der Wechsel zwar formell selbständig ist, aber nach dem Willen der Parteien mangels einer ausdrücklichen gegenteiligen Abrede die Bedeutung eines zu den Forderungsrechten als Teil gehörigen Sicherungsmittels hat. Der Aussonderungsanspruch umfaßt daher auch jenes Sicherungsmittel.[1])

Ist die Gegenleistung aber schon vor der Konkurseröffnung eingezogen worden, so ist dem Benachteiligten der Ersatzaussonderungsanspruch versagt. Der Benachteiligte könnte, falls er sich nicht etwa an den bösgläubigen Dritten halten könnte, nur einen Entschädigungsanspruch gegen die Konkursmasse geltend machen, und dieser Anspruch ist nur eine Konkursforderung.

§ 11.
E. Zeit des Anspruchs.

Zur Begründung der Ersatzaussonderung ist endlich noch erforderlich, daß die Gegenstände zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung noch ausgesondert werden könnten, wenn die Veräußerung nicht erfolgt wäre.[2]) Dieser Satz ist nicht unbestritten.

1. Fitting[3]) behauptet, maßgebend sei der Zeitpunkt der Veräußerung. Könnten die Gegenstände in diesem Zeitpunkte noch ausgesondert werden, so sei der Ersatzaussonderungsanspruch gegeben. Zur Begründung seiner Behauptung stützt sich Fitting auf die Fassung des § 46, indem es dort heißt, „hätte beansprucht werden können", nicht „beansprucht werden

---

[1]) Vergl. O.-L.-G. Hamburg, 9. 11. 93; Seufferts Archiv, Bd. 50, Nr. 71; Jäger, § 46 Anm. 15; Rehbein, Wechselordn. Art. 83 Anm. 4

[2]) Hellwig, a. a. O. S. 227 ff.; Wilmowski, § 46 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 1.

[3]) Fitting, S. 270 Anm. 28.

könnte." M. E. scheint das Argument Fittings nicht stichhaltig zu sein, denn durch die Fassung „hätte beansprucht werden können" ist im Zusammenhange mit dem Folgenden nur der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß die eigentliche Aussonderung infolge der Veräußerung unmöglich gemacht ist.

2. Auch auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung, wie er z. B. vom O.-L.-G. Braunschweig ohne Angabe von Gründen angenommen wird,[1]) kann es nicht ankommen. Denn demgegenüber behauptet Hellwig[2]) mit Recht an einem Beispiel, daß dies zu einem unsinnigen Resultate führen würde. Er sagt ungefähr folgendes: Wäre beispielsweise die Sache im Ersitzungsbesitze des Gemeinschuldners, die Ersitzungszeit bald nach Eröffnung des Konkurses vollendet, und die dem Gemeinschuldner nunmehr gehörige Sache von dem Verwalter veräußert worden, so würde nach dieser Auffassung die Bedingung, unter welcher der Anspruch des § 46 entsteht, gegeben sein. Das ist aber undenkbar, denn auch wenn die Veräußerung nicht erfolgt wäre, wäre ja die Aussonderung nach § 43 nicht gegeben, es darf also auch keine Ersatzaussonderung gewährt werden.

3. Jaeger und Seuffert[3]) vertreten die Ansicht, daß der Zeitpunkt des Begehrens der Ersatzaussonderung maßgebend sei.

Demgegenüber behauptet Hellwig[4]) mit Recht, daß die Ansprüche noch zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung bestehen müßten. Denn die Vollendung einer Ersitzung seitens des Gemeinschuldners oder des Rechtsnachfolgers in der Zeit zwischen der Konkurseröffnung und der gerichtlichen Geltendmachung des Eigentumsanspruches oder seines Surrogates sei nicht ausgeschlossen. Und ebenso, wie in diesem Falle die Aussonderung nach § 43 versagt sei, so sei auch die Ersatzaussonderung nach § 46 nicht statthaft. Da

---

[1]) Seufferts Archiv, Bd. 49 S. 380.

[2]) Hellwig, S. 227.

[3]) Jaeger, § 46 Anm. 6; Seuffert, S. 100 Anm. 30.

[4]) Hellwig, S. 227; ebenso Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 1.

nun die Ersitzung nach § 941 B. G.-B. nur durch gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches unterbrochen werde, so könne nur dieser Zeitpunkt maßgebend sein.

§ 12.

II. Juristische Natur der Ersatzaussonderung.

Nachdem bisher die Voraussetzungen des durch § 46 K.-O. gewährten Anspruchs erörtert wurden, soll nunmehr auf die rechtliche Natur dieses Anspruchs eingegangen werden. Dieselbe ist sehr bestritten.

Während einige behaupten — so Seuffert, Mandry-Geib und Stieglitz[1] —, der Anspruch des § 46 sei Masseanspruch im Sinne des § 59 Nr. 3 K.-O., erklärt ihn die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller für einen Aussonderungsanspruch. Genannt seien hier Jaeger, Hellwig, Sarwey-Bossert, Fitting, Wilmowski, Wolff, Petersen-Kleinfeller,[2] letztere jedoch nur für Satz 1, nicht auch für Satz 2, für den sie einen Masseanspruch annehmen.

Eine dritte Ansicht endlich, vertreten durch Oetker,[3] sagt, der Anspruch sei weder Masse- noch Aussonderungsanspruch, sondern selbständiger Natur, der den Masseansprüchen vorgeht.

Die Frage ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern auch praktisch wichtig. Würde nur ein Masseanspruch gegeben sein, so müßte der Berechtigte den Beschränkungen der §§ 60 und 172 K.-O. unterliegen. Nach § 60 K.-O. würde der Berechtigte, wenn die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, mit allen Massegläubigern nur eine verhältnismäßige Befriedigung erhalten, und nach § 172 K.-O. würde sein Anspruch nur Be-

---

[1]) Seuffert, S. 100; Mandry-Geib, S. 335 f.; Stieglitz, S. 242.

[2]) Jaeger, § 46, Anm. 2; Hellwig, S. 247 ff.; Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 5; Fitting, S. 271 Anm. 29; Wilmowski, § 46 Anm. 3; Petersen-Kleinfeller, § 46 Anm. 4; Wolff, § 46 Anm. 2.

[3]) Oetker, Zeitschr. f. Zivilprozeß, Bd. 25 S. 71 ff.

rücksichtigung finden, wenn er ihn bis zu dem in dem Paragraphen bestimmten Termine zur Kenntnis des Verwalters bringt. Andererseits aber sind diese Beschränkungen nicht gegeben, wenn ein Aussonderungsanspruch vorliegt. Es ist daher unzutreffend, wenn Endemann[1]) sagt: „Im Erfolg ist es ziemlich einerlei, ob man den Anspruch als Masseforderung oder Aussonderungsanspruch behandelt." Dies letztere könnte höchstens von der Ansicht Oetkers gegenüber der herrschenden Ansicht gesagt werden. Denn da nach Oetker der Berechtigte des § 46 Befriedigung vor den Massegläubigern erlangt, so kommen die für diese gegebenen beschränkenden Bestimmungen für den Anspruch des § 46 natürlich nicht in Betracht. Hier wäre es also wirklich „im Erfolg einerlei," ob ein Aussonderungsanspruch oder dieser „namenlose"[2]) Anspruch gegeben ist.

Die Ansicht Oetkers ist aber abzulehnen. Oetker meint, die Ansprüche des § 46 seien selbständige, die sich in keine der 4 Klassen der Konkursforderungen einreihen ließen. Sie seien nur Surrogate für vereitelte Aussonderungsansprüche, aber nicht diese selbst. Wenn auch die Richtigkeit dieses letzten Satzes zuzugeben ist, so ist Oetker doch entgegenzuhalten, daß es sich bei den Ansprüchen des § 46 um eine „Erweiterung der Aussonderung" aus „Billigkeitsrücksichten," wie oben geschildert, handelt. Ausschlaggebend ist aber, daß dem System der K.-O. nur 4 Kategorien von Ansprüchen bekannt sind: Aussonderungs-, Absonderungs-, Masseansprüche und Konkursforderungen. Für eine 5. Kategorie, wie sie Oetker annimmt, ist also kein Raum.[3])

Somit bleibt nur noch die Streitfrage zu erörtern, ob der durch § 46 K.-O. gewährte Anspruch Masse- oder Aussonderungsanspruch ist. Die Motive zu § 38 (dem jetzigen § 46) K.-O. scheinen offenbar einen Aussonderungsanspruch anzunehmen.[4]) Sie sagen: „Die Billigkeit verlangt, daß auch hier (nämlich wenn die fremde Sache vor Konkurseröffnung

---

[1]) Endemann, S. 348.

[2]) Jaeger, § 46 Anm. 3.

[3]) Jaeger, § 46 Anm. 3; vgl. auch Wolff, S. 243 Anm. 83.

[4]) Motive zur K.-O., S. 1445 f.

vom Gemeinschuldner veräußert ist, die Gegenleistung aber noch aussteht) die Forderung auf den Erlös als dem Vindikationsberechtigten zustehend angesehen werde." Dies scheint doch der Fiktion sehr nahe zu kommen, daß die Forderung auf die Gegenleistung, die in Wirklichkeit doch nun einmal durch die Veräußerung eine Forderung des Gemeinschuldners ist und demgemäß zur Konkursmasse gehörte, eine Forderung des Vindikationsberechtigten ist. Besonders bestärkt könnte man hierin durch den Umstand werden, daß die Motive weiterhin erklären,[1] „daß die Grundsätze des Entwurfs schon früh einzelne Anwendung in Deutschland erfahren hätten . . . ., so habe für Kommissionsgeschäfte das deutsche H.-G.-B. die Anschauung des Entwurfes zum Prinzip erhoben (Art. 368, jetzt § 392 H.-G.-B.)." Abs. 2 des § 392 enthält direkt eine Fiktion. Es heißt dort: „Jedoch gelten solche Forderungen (aus einem vom Kommissionär abgeschlossenen Geschäfte), auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten." Hiernach hat der Kommittent unzweifelhaft einen Aussonderungsanspruch an der noch ausstehenden Forderung.[2] Ist nun dieses Prinzip die Anschauung des Entwurfes, so kann man hieraus ohne Bedenken folgern, daß die Motive den Anspruch aus § 46 als Aussonderungsanspruch ansehen. Damit im Einklang befindet sich die Stellung des § 46 in dem Titel „Aussonderung" und nicht im Titel „Massegläubiger". Wäre ein Masseanspruch gegeben, so ist nicht einzusehen, weshalb dieser dann in den Titel „Aussonderung" gestellt ist.[3])

Auch daß der Berechtigte im § 46 „Aussonderungsberechtigter" genannt wird, scheint ein Beweis dafür zu sein, daß der Anspruch ein Aussonderungsanspruch ist.[4])

---

[1]) Motive zur K.-O., S. 1446.

[2]) Ebenso Wilmowski, § 46 Anm. 9; Jaeger, § 43 Anm. 26; vgl. Gareis, H.-G.-B. § 392 Anm. 2.

[3]) Vgl. Jaeger, § 46 Anm. 2; Wolff, S. 243.

[4]) Wolff, S. 243.

Gegen die Annahme eines Masseanspruchs spricht ferner der Umstand, daß § 59 Nr. 3 der K.-O. stets eine rechtlose Bereicherung der Masse erfordert. Diese kann aber dann nicht vorliegen, wenn der Gemeinschuldner die Sache vor Konkurseröffnung veräußert hatte. Denn durch die Veräußerung ist die Forderung seine Forderung geworden und würde nach § 1 K.-O. von vornherein zur Konkursmasse gehören. Man könnte hier also nur von einer Bereicherung des Gemeinschuldners vor Konkursbeginn sprechen, während nach § 59 Nr. 3 erforderlich ist, daß die Bereicherung erst nach Konkursbeginn eingetreten ist.[1] Daß also in dem Falle, welcher hier zunächst in Betracht kommt, nämlich wenn die Veräußerung vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt ist, ein Masseanspruch ausgeschlossen ist, erscheint auch hiernach nicht zweifelhaft. Aber auch wenn die Veräußerung durch den Konkursverwalter nach der Konkurseröffnung vorgenommen worden ist, muß ein Aussonderungsanspruch gegeben sein. Es folgt dies schon daraus, daß beide Ansprüche im Gesetze nebeneinandergestellt sind, und daß an beide Arten der Veräußerung vom Gesetze die gleiche Folge geknüpft wird. Hiernach ist offenbar die juristische Natur der Ansprüche in beiden Fällen die gleiche. Das ergeben auch die Motive zur K.-O., in denen es heißt: „Alle Fälle haben dieselbe Natur."[2])

Auch wenn wir auf die Entstehungsgeschichte des § 46 eingehen, wird sich ergeben, daß die Ansprüche Aussonderungs- und nicht Masseansprüche sind. § 46 stimmt mit dem § 38 der K.-O. vom Jahre 1877 wörtlich überein, und § 38 ist aus der Preußischen K.-O. von 1855 hervorgegangen.

Die Preußische K.-O. behandelte nun in den §§ 23 und 44 gesondert die Fälle, in welchen die Gegenleistung noch aussteht, und in welchen sie bereits zur Konkursmasse eingezogen ist. Bei § 23 war entsprechend seiner Stellung in dem Abschnitt „Vindikationsansprüche" ein Aussonderungsanspruch gegeben; nach § 44, der in dem Abschnitt „Ansprüche der Masse-

---

[1]) Jaeger, § 59 Anm. 10.

[2]) Motive S. 1446, Hellwig, S. 247 f.

gläubiger" untergebracht ist, war der Berechtigte Massegläubiger. Nach den Motiven zur K.-O. ist diese Trennung der Preußischen K.-O. in die Reichskonkursordnung von 1877 nicht aufgenommen worden, denn „alle Fälle haben dieselbe Natur und gehören als ein Ersatz für den Vindikationsanspruch am besten in diesen Titel.[1]) Die verschiedenen Fälle sollen also dieselbe Behandlung erfahren, wie § 23 der Pr. K.-O., was daraus folgt, daß sie in dem dem Abschnittt „Vindikationsansprüche" entsprechenden Abschnitt „Aussonderung" untergebracht sind.

Daß die Ansprüche des § 46 Aussonderungsansprüche und nicht Masseansprüche sind, scheint somit erwiesen zu sein. Hieraus ergibt sich, wie schon oben angedeutet, die praktisch wichtige Folge, daß etwaige Beschränkungen, denen Massegläubiger unterliegen, wie z. B. durch §§ 60 und 172 K.-O., für den Aussonderungsberechtigten nicht zur Anwendung kommen.

Dem Aussonderungsberechtigten steht also die Befugnis zu, die Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung zu verlangen. Das Recht auf die Gegenleistung geht nicht ipso iure auf ihn über (in diesem Falle wäre die Klage direkt gegen den Dritten zu richten), vielmehr ist eine Abtretung erforderlich, welche erzwingbar ist.[2]) Weigert sich also der Konkursverwalter, das Recht auf die Gegenleistung abzutreten, so kann der Aussonderungsberechtigte gegen ihn Klage anstellen, welche auf Abtretung der Forderung, die der Konkursmasse gegen den Dritten zusteht, gerichtet ist.

---

[1]) Motive zur K.-O., S. 1446.

[2]) Ebenso Jaeger, § 46 Anm. 14; Wilmowski, § 46 Anm. 8; Sarwey-Bossert, § 46 Anm. 5; vgl. auch Wolff, S. 241.

II. Teil.

Die Aussonderungsrechte der Ehefrau.

§ 13.

I. Übersicht.

Will eine Ehefrau im Konkurse ihres Mannes Gegenstände aussondern, so gilt zunächst nichts Besonderes. Nach § 43 K.-O. bestimmen sich hierbei ihre Ansprüche grundsätzlich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen. Nur § 45 K.-O. gibt beschränkende Bestimmungen für den besonderen Fall, daß Erwerb der in Anspruch genommenen Gegenstände während der Ehe feststeht. Wenn wir hier zunächst einmal von der Wirkung des § 45 K.-O. absehen, so können wir also sagen, die Ehefrau ist befugt, diejenigen Gegenstände als ihr Eigentum auszusondern, von denen sie beweist, daß sie ihr nach dem bürgerlichen Rechte gehören.[1])

Es wird also zunächst, und zwar unter Außerachtlassung der Wirkung der einzelnen Güterstände, zu untersuchen sein, was für die Frau im allgemeinen erforderlich ist, um nach B. G.-B. die Gegenstände für sich in Anspruch zu nehmen. Sodann sollen die verschiedenen Güterstände im einzelnen danach geprüft werden, ob sich bei ihnen gegenüber diesem allgemeinen bei jeder Ehe geltenden Prinzipe Abweichungen ergeben. Nachdem auf diese Weise bei den einzelnen Güterständen die Erfordernisse der Inanspruchnahme von Gegenständen erläutert sein werden, soll zuletzt der Einfluß des § 45 K.-O. auf diese Aussonderungsrechte gezeigt werden.

§ 14.

II. Die Vermutungen des § 1362 B. G.-B.

Durch die eheliche Gemeinschaft, das ständige Zusammensein und Zusammenwohnen der Ehegatten ist es bedingt, daß

---

[1]) Vgl. Motive zur K.-O., S. 1434.

ihr Eigentum gegenüber der Außenwelt nicht so deutlich in die Erscheinung tritt, wie bei anderen Personen.[1]) Eine Vermischung der beiderseitigen Vermögensstücke ist die natürliche Folge der Eingehung jeder Ehe. Nicht selten werden die Ehegatten hierbei auch dolos handeln[2]) und eine Vermischung nur zu dem Zwecke herbeiführen, um die Gläubiger zu benachteiligen. Gegen diese Gefahr schützt das Gesetz, indem es im § 1362 B. G.-B. verschiedene Eigentumsvermutungen aufstellt. Der Paragraph lautet:

„Zu Gunsten der Gläubiger des Mannes wird vermutet, daß die im Besitze eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören . . . . .

Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, gilt im Verhältnisse der Ehegatten zueinander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören."

1. Bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände ist der Frau also der Eigentumsbeweis erleichtert, denn das Gesetz vermutet nach Abs. 2 ihr Eigentum an diesen Gegenständen. Und zwar gilt diese Vermutung dem Manne und den Gläubigern des Mannes und der Frau gegenüber. (Über die Frage, ob sie auch dem Konkursverwalter gegenüber gilt, siehe weiter unten.) Sache des Gegners wäre es, diese Vermutung zu entkräften.

2. Anders steht es mit den von der Frau in Anspruch genommenen Gegenständen, welche nicht unter die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 fallen, denn hier besteht die Vermutung, daß sie dem Manne gehören. Auf diese Vermutung können sich jedoch nur die Gläubiger des Mannes berufen.

Wir fassen die Vermutungen, soweit sie hier in Betracht kommen, zusammen. Dieselben gelten:

---

[1]) Vgl. Motive zur K.-O., S. 1442.

[2]) Planck, Bd. 4 § 1362 Anm. 1.

Im ersten Falle (bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände)

1. für die Frau gegen den Mann,
2. für die Frau gegen die Gläubiger des Mannes.

Im zweiten Falle (bezügl. der Gegenstände, welche nicht unter die Ausnahmevorschrift fallen, und welche im folgenden kurz „Gegenstände" genannt werden sollen):

für die Gläubiger des Mannes gegen die Frau.

Es fragt sich, ob diese Vermutungen auch für und gegen den Konkursverwalter zur Anwendung kommen. Zur Entscheidung dieser Frage ist es nicht erforderlich, auf die äußerst bestrittene Frage nach der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters einzugehen. Denn faßt man den Konkursverwalter im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 29 S. 29 als „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses auf, welches seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnimmt", eine Theorie, wie sie namentlich auch von Sarwey-Bossert, Fischer, Gaupp-Stein, Oetker, Lippmann[1]) u. a. vertreten wird, und der ich mich nur anschließen kann, da nur sie alle Rechte, die die K.-O. dem Verwalter gewährt, und alle Pflichten, die sie ihm auferlegt, in sich aufzunehmen vermag, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich der Konkursverwalter auf die Vermutung des § 1362 Abs. 1 berufen kann, denn die Vermutung dient dem Interesse der Gläubiger, und Aufgabe des Konkursverwalters ist es, diese Interessen wahrzunehmen, damit der Zweck des Konkurses, möglichst günstige Befriedigung der Gläubiger, erreicht wird. Ebenso kann sich auch die Frau dem Konkursverwalter gegenüber der für ihr Interesse streitenden Vermutung bedienen, denn nimmt

[1]) Sarwey-Bossert, § 6 Anm. 5; Fischer, Preuß. Privatr. § 136 und in Fischer-Henle (Vorbem. zu § 164); Gaupp-Stein, Z.-P.-O. Vorbem. Ic vor § 50; Oetker, konkursrechtl. Grundbegr., Bd. 1 S. 51 und 112; Lippmann in Iherings Jahrb., Bd. 41 S. 112 ff.

der Konkursverwalter die Geltendmachung der Interessen eines Anderen (der Gläubiger) gegen einen Dritten (die Frau) für sich in Anspruch, so muß es dem Dritten auch gestattet sein — natürlich unter denselben Voraussetzungen —, seine Interessen gegen den Anderen dem Verwalter gegenüber zur Geltung zu bringen.

Diejenigen, welche in dem Verwalter den Vertreter der Gläubigerschaft erblicken, so Kohler und von Canstein [1]) u. a., müßten ebenfalls die Vermutungen des § 1362 für und gegen den Konkursverwalter für anwendbar halten, denn die Vermutung des Abs. 1 spricht für, die des Abs 2 gegen die Gläubiger, und da nach dieser Theorie der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger ist, so kommen die Vermutungen unmittelbar zur Anwendung.

Jedoch auch nach der Theorie, welche den Verwalter für den Vertreter des Gemeinschuldners hält, und die vor allem von v. Wilmowski-Kurlbaum, Petersen-Kleinfeller, Mandry-Geib, Fitting, Wolff [2]) u. a. vertreten wird, müssen die Vermutungen des § 1362 für und gegen den Verwalter zur Anwendung kommen.

Eine andere Ansicht [3]) geht dahin, daß die Anhänger der Gemeinschuldnervertretungstheorie „die Anwendbarkeit der Vermutung des § 1362 verneinen müssen." Das ist jedoch nicht richtig, denn hier ist zunächst zwischen den beiden Absätzen des § 1362 zu unterscheiden. Simm wird sicherlich zugeben müssen, daß sich die Frau auf die Vermutung des Abs. 2 berufen kann, denn diese gilt auch dem Manne gegenüber, und Vertreter des Mannes ist ja nach dieser Theorie der Verwalter.

Ferner ist aber auch m. E. Abs. 1 anwendbar. Denn wenn auch die Anhänger dieser Theorie sagen, daß der Ver-

---

[1]) Kohler, Lehrb. S. 401; v. Canstein, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 474.

[2]) v. Wilmowski-Kurlbaum, S. 27 f.; Petersen-Kleinfeller, S. 45; Mandry-Geib, S. 551 f.; Fitting, S. 30 ff.; Wolff, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 22 S. 210.

[3]) Simm, S. 19 f.

walter nur Vertreter des Gemeinschuldners sei, so hat er doch auch nach dieser Theorie das Recht und die Pflicht, „den Konkursanspruch der Gläubiger zu erfüllen und in deren Interesse zu fungieren“.[1]) Ist nun eine Vermutung im Interesse der Gläubiger gegeben, so hat sie der Konkursverwalter wahrzunehmen.[2])

Wir sehen, wie man auch über die Stellung des Verwalters denken mag, immer wird man sagen müssen, daß die Vermutungen des § 1362 für und gegen ihn wirken. Derselben Meinung Jaeger und scheinbar auch Planck,[3]) indem er den Konkursverwalter, ohne auf die Streitfrage einzugehen, auf Grund des § 1362 die Eigentumsklage anzustellen für befugt hält.

Die Ehefrau muß also im Prozesse beweisen, daß die Gegenstände ihr gehören, wenn sie obsiegen will. Dagegen ist ihr der Eigentumsbeweis bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände erlassen.

Die Abweichung von den allgemeinen Regeln besteht, wie man sieht, darin, daß es hier nicht auf die Parteirollen ankommt. Ohne § 1362 hätte die Frau, wenn sie Klägerin wäre, in beiden Fällen die Beweislast; wäre sie die Beklagte, so müßte der Konkursverwalter die Zugehörigkeit zur Masse beweisen.

Erwähnt sei hier noch, daß die Vermutung des § 1006, wonach der Besitzer einer Sache auch deren Eigentümer ist, im vorliegenden Falle nicht in Frage kommen kann. Denn die Vermutungen aus § 1362 sind die spezielleren und gehen infolgedessen der aus § 1006 vor.[4])

---

[1]) Wilmowski, S. 27.

[2]) Ders. Meinung Jaeger, § 45 Anm. 5; vgl. auch Wieruszowski, S. 164 Anm. 90.

[3]) Jaeger, § 45 Anm. 5; Planck, Bd. 4 § 1362 Anm. 8.

[4]) Ebenso Hedemann, „Die Vermutung“, S. 333; Wieruszowski, S. 156; Landsberg, Recht des B. G.-B., Bd. 2 S. 867, Schmidt-Habicht, S. 178; Planck, Bd. 4 § 1362 Anm. 7.

§ 15.

III. Bedeutung der Vermutungen für die einzelnen Güterstände des B. G.-B.

Die Eigentumsvermutungen, soweit wir sie bis jetzt verfolgt haben, gelten in jeder Ehe, lediglich infolge der ehelichen Lebensgemeinschaft, und finden bei jedem Güterstande Anwendung. Gerade mit Rücksicht darauf ist § 1362 in den Titel V (Wirkungen der Ehe im allgemeinen) gestellt.[1])

Wir haben nun im folgenden zu untersuchen, welche Bedeutung diese Vermutungen für die einzelnen Güterstände des B. G.-B. haben. Nicht notwendig erscheint es, auf Güterstände einzugehen, welche vor dem Inkrafttreten des B. G.-B. gegolten haben. Art. 200 des E. G. zum B. G.-B. sagt zwar, daß für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des B. G.-B. bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, jedoch haben die meisten Einzelstaaten mit Ausnahme von Württemberg und Lippe das bisherige Güterrecht in das neue auf Grund des Art. 218 E. G. zum B. G.-B. übergeleitet.[2])

Wir betrachten nunmehr die einzelnen Güterstände gesondert und nehmen zunächst an, die Eheleute leben nach dem gesetzlichen Güterrechte, um dann zu zeigen, welche Änderungen bezüglich der Beweislastfrage sich ergeben, wenn die Ehegatten ihren Güterstand durch Vertrag geregelt haben.

§ 16.

A. Unbeschränkte Anwendung derselben bei gesetzlichem Güterrecht.

1. Der primäre gesetzliche Güterstand des B. G.-B. ist der der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. Drei Vermögensmassen kommen hier in Betracht: Vermögen des Mannes, eingebrachtes Gut der Frau und Vorbehaltsgut der Frau. Für Schulden des Mannes haftet ausschließlich

---

[1]) Motive zum B. G.-B., Bd. 4 S. 129.

[2]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. z. Art. 200, E. G. z. B. G.-B.

sein Vermögen, denn an das eingebrachte Gut können sich die Gläubiger kraft positiver Rechtsvorschrift (§ 1410 B. G.=B.) nicht halten, und daß sie das Vorbehaltsgut, an dem ja dem Manne nicht einmal Verwaltung und Nutznießung zusteht, nicht in Anspruch nehmen können, ist selbstverständlich.

Doch wie soll sich der Beweis gestalten, in welche der Massen die einzelnen Sachen gehören? Hier greift § 1362 ein, indem er, ganz gleichgültig, zu welchen Massen die betreffenden Sachen wirklich gehören, die Vermutung zu Gunsten der Gläubiger bezw. zu Gunsten der Frau aufstellt.

Man sieht, es ändert sich an dem oben unter II Gesagten bezüglich der Beweislast nichts. Die Frau hat, gleichgültig, ob sie Klägerin oder Beklagte ist, zu beweisen, daß die Gegenstände ihr gehören, d. h., daß sie zu ihrem eingebrachten oder Vorbehaltsgute gehören, während sie bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände der Beweislast überhoben ist. Letzteres folgt nicht etwa aus § 1366 B. G.=B. § 1366 erklärt dieselben Sachen für Vorbehaltsgut, bezüglich deren die Vermutung zu Gunsten der Frau spricht. Würde hier also § 1366 genügen und 1362 Abs. 2 keine Anwendung finden? Das ist nicht der Fall, denn die Sachen in § 1366 sind selbstverständlich nur dann Vorbehaltsgut der Frau, wenn wirklich feststeht, daß sie der Frau gehören. § 1366 will also nur feststellen, daß die in ihm bestimmten und der Frau gehörigen Sachen Vorbehaltsgut und nicht eingebrachtes Gut sind,[1]) während § 1362 Abs. 2 die Eigentumsvermutung ausspricht.

2. Zu dem gleichen Resultate wie bei dem primären gesetzlichen Güterstande müssen wir gelangen, wenn wir annehmen, die Ehegatten leben nach dem subsidiären Güterstande der Gütertrennung. Auch hier haftet das Vermögen der Frau nicht für die Schulden des Mannes. Um der für die Gläubiger in der Vermögensvermengung liegenden Gefahr entgegenzutreten, greift hier wieder § 1362 Abs. 1 ein, während die Frau durch § 1362 Abs. 2 geschützt ist.

---

[1]) Schmidt=Habicht, S. 191.

In den beiden gesetzlichen Güterständen kommt also § 1362 unmittelbar zur Anwendung. Die Motive[1]) erklären, daß die praktische Bedeutung dieser Vermutungen hauptsächlich im Bereiche des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung und des Güterstandes der Gütertrennung liege. Wir werden, wenn wir uns jetzt den drei vertragsmäßigen Güterständen zuwenden, sehen, warum die Vermutungen hier an Bedeutung abnehmen.

§ 17.

B. Beschränkte Anwendung der Vermutungen bei vertragsmäßigem Güterrecht infolge der Gesamtgutsvermutungen.

1. Zunächst nehmen wir an, die Ehegatten hätten durch Ehevertrag den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft vereinbart. In diesem Güterstande fällt alles Vermögen des Mannes und der Frau in das Gesamtgut, soweit nicht geringe Ausnahmen für das Sondergut und Vorbehaltsgut beider Teile bestehen (B. G.-B. §§ 1438—1440). Aus dem Gesamtgute können für die Verbindlichkeiten des Mannes die Gläubiger Befriedigung verlangen (§ 1459 B. G.-B.). Es fällt ebenso, wie das Gesamtgut bei den bald zu besprechenden Güterständen der Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft im Konkurse des Ehemannes in die Konkursmasse (§ 2 K.-O.). Ein Aussonderungsrecht an diesem Gute ist also ausgeschlossen.

Da nun prinzipiell alles Vermögen Gesamtgut wird (§ 1438), so hat derjenige, welcher Nichtzugehörigkeit zum Gesamtgute behauptet, die Beweislast.

2. Genau dasselbe gilt, wenn die Ehegatten nach dem Güterstande der Fahrnisgemeinschaft leben. Denn nach § 1549 B. G.-B. finden auf die Fahrnisgemeinschaft die für die allgemeine G.-G. geltenden Vorschriften Anwendung. Eine Modifikation bezügl. der Anwendbarkeit der Bestimmungen

[1]) Motive z. B. G.-B., Bd. 4 S. 128.

über die allgemeine G.-G. findet sich in den §§ 1550—1557 B. G.-B. In diesen Paragraphen ist nun nichts von § 1438 gesagt, folglich findet dieser Paragraph ohne weiteres auf die Fahrnis-G. Anwendung. Daher gilt auch für die Fahrnis-G. der Grundsatz, daß alles Vermögen bis zum Beweise des Gegenteils Gesamtgut wird.

3. Leben die Ehegatten nach dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft, so wird die Zugehörigkeit zum Gesamtgute nach § 1527 B. G.-B. vermutet.

Es erscheint nicht notwendig, eine wirkliche Vermutung für die Gesamtgutseigenschaft auch bei den Güterständen der allgemeinen G.-G. und Fahrnis-G. nach Analogie von § 1527 B. G.-B. anzunehmen, wie dies Leonhard[1]) tut. Leonhard dehnt die Vermutung des § 1527, die für die Errungenschafts-G. gegeben ist, auch auf die beiden anderen Arten der Gütergemeinschaft aus.[2]) Bei der analogen Anwendung von Vermutungen ist jedoch größte Vorsicht geboten.[3]) Wenn es nicht dringend notwendig ist, besonders, wenn man ohne die Analogie zu demselben Ziele gelangen kann, so dürfte es besser sein, von der analogen Ausdehnung der Vermutungen abzusehen. Wie steht es denn nun in Wirklichkeit mit § 1527? Die Vermutung ist für die Errungenschafts-G. geboten. Denn bei dieser gehört doch ein immerhin nicht zu großer Teil von Vermögensgegenständen zum Gesamtgute; der ganze voreheliche Erwerb fällt nicht darunter. Man kann also aus dem Wesen dieser Gemeinschaft keineswegs folgern, daß alles zum Gesamtgute gehören soll.[4]) Wohl aber folgt dies unmittelbar aus dem Wesen der beiden anderen Güter-G. Deshalb ist bei diesen eine Gesamtgutsvermutung gar nicht notwendig.[5]) Das Ergebnis ist natürlich immer das gleiche: für alle drei Güterstände gilt der Satz, daß, wenn jemand Nichtzugehörigkeit zum Gesamtgute behauptet, er diese seine

---

1) Leonhard, Beweislast S. 423.

2) Leonhard, S. 262.

3) Ebenso Hedemann, S. 344.

4) Vgl. Motive zum B. G.-B. Bd. 4 S. 516.

5) Ders. Meinung Hedemann, S. 343.

Behauptung zu beweisen hat. Nur hat man zu beachten, daß dies bei der Errungenschafts-G. aus der Vermutung folgt, während wir es bei den beiden anderen Güterständen aus deren Wesen ableiten.

Wenn wir nun trotzdem von Gesamtgutsvermutung auch bei den beiden Güterständen der allgemeinen G.-G. und der Fahrnis-G. sprechen, so geschieht dies nur der Kürze halber, um anzudeuten, daß die Beweislast so verteilt ist, wie wenn eine Vermutung zu Gunsten des Gesamtgutes bestehen würde. Auf diese Weise ermöglicht sich eine völlig gleiche Behandlung der drei vertragsmäßigen Güterstände bezüglich der Beweislast.

Wir sahen, bei allen drei Güterständen gilt das gleiche: will einer der Ehegatten Gegenstände für sich in Anspruch nehmen, so hat er wegen der Gesamtgutsvermutung zunächst zu beweisen, daß dieselben nicht zum Gesamtgute gehören.

Damit werden die Vermutungen des § 1362 keineswegs gegenstandslos. Sie kommen, wenn nun Ausschluß vom Gesamtgute nachgewiesen ist, unbeschränkt zur Anwendung. Denn es könnte, nachdem die Gesamtgutsvermutung widerlegt ist, immer noch streitig sein, ob die Sache bei den einzelnen Güterständen zu den Gütermassen des Mannes oder der Frau gehört, und hier greifen die Vermutungen des § 1362 Abs. 1 und 2 ein.[1]) Gerade deswegen ist nach den Motiven[2]) § 1362 „unter die allgemeinen, bei jedem Güterstande anwendbaren Bestimmungen über die Wirkung der Ehe aufgenommen.“ Trotzdem behauptet Beckh,[3]) § 1362 Abs. 1 und § 1527 können nebeneinander gar nicht in Frage kommen. Ja, er meint sogar, „die Frage des Verhältnisses von § 1527 zu § 1362 Abs. 1 könne man nur bei sehr oberflächlicher Betrachtung aufwerfen.“ Aus obigem ergibt sich die Grundlosigkeit dieser Behauptung.[4])

---

[1]) Ebenso Planck, Bd. 4 § 1362 Anm. 3; Fischer-Henle, § 1527 Anm. 1; Wieruszowski, S. 160 f.

[2]) Motive zum B. G.-B., Bd. 4 S. 129.

[3]) Beckh, S. 242.

[4]) Vgl. Hedemann, S. 335; Wieruszowski, S. 161.

Auch bezüglich des § 1362 Abs. 2 stellt sich Beckh auf einen anderen Standpunkt. Er gibt der Vermutung des § 1362 Abs. 2 den Vorrang vor § 1527, d. h. vor den Gesamtgutsvermutungen bei allen drei vertragsmäßigen Güterständen, was unzweifelhaft aus dem letzten Satze auf S. 246 folgt.[1] Hedemann[2]) scheint die weitere Ausdehnung des Paragraphen bei Beckh zu übersehen, indem er annimmt, der abweichende Standpunkt Beckhs beziehe sich nur auf die Errungenschafts-G. Zur Begründung seiner Behauptung führt Beckh an:[3]) „Die Entscheidung ist nicht ganz leicht, weil in einer Beziehung § 1362 Abs. 2 die speziellere, § 1527 die allgemeinere, in anderer Beziehung jedoch wiederum letztere die speziellere und erstere die allgemeinere Bestimmung ist. Ausschlaggebend erscheint mir aber der Umstand, daß bei Vorrang des § 1527 die Bestimmung des § 1362 Abs. 2 bei einer ganzen Kategorie von Ehen nicht zur Anwendung käme, was ihrer Stellung im V. Titel von Buch IV B. G.-B. nicht entspräche."

Unrichtig ist hier die Behauptung, daß bei Vorrang des § 1527 § 1362 Abs. 2 nicht zur Anwendung käme. Diese zweite Vermutung kann wohl zur Anwendung kommen. Beckh übersieht sowohl hier, wie im ersten Falle, daß die Gesamtgutsvermutungen zu widerlegen sind, und dann die Eigentumsvermutungen eingreifen. Die Vermutung von § 1362 Abs. 2, und wir können nach dem Vorhergehenden sagen, auch von § 1362 Abs. 1 verlieren hier an Bedeutung, weil sie erst in zweiter Linie — nach Widerlegung der ersten Vermutung — in Betracht kommen, es wäre jedoch völlig verfehlt, zu sagen, daß sie nicht zur Anwendung kommen.[4])

Die Beckhsche Ansicht steht meines Erachtens auch mit den Motiven in Widerspruch. Die Motive betonen,[5]) daß die praktische Bedeutung des § 1362 vor allem im Bereiche der

---

[1]) Beckh, S. 246.

[2]) Hedemann, S. 336.

[3]) Beckh, S. 242.

[4]) Ebenso Hedemann, S. 336.

[5]) Motive zum B. G.-B. Bd. 4 S. 128 f.

beiden gesetzlichen Güterstände liege. Daraus kann man ohne weiteres folgern, daß die Vermutungen bei den drei vertragsmäßigen Güterständen an Bedeutung abnehmen, aber auch wirklich abnehmen, und nicht — wie bei Beckh — etwa unbeschränkt zur Anwendung kommen (Abs. 2) oder gar nicht (Abs. 1).[1]

Man sieht, die Ansicht Beckhs ist nicht haltbar, sie wird wohl auch sonst von niemand vertreten.

§ 18.

C. Zusammenfassendes Ergebnis für die einzelnen Güterstände. Charakterisierung des Unterschiedes.

Nachdem wir uns mit der Beweislastfrage eingehend beschäftigt haben, ergibt sich zusammenfassend folgendes: Will die Ehefrau ein Aussonderungsrecht geltend machen, so muß sie, falls die Ehegatten nach dem gesetzlichen Güterrechte leben, zunächst (denn wir sehen hier natürlich noch von der beschränkenden Wirkung des § 45 K.-O. ab):

a) bezüglich der Gegenstände den § 1362 Abs. 1 entkräften,

b) bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände hat der Gegner die Beweislast (§ 1362 Abs. 2).

Leben die Ehegatten dagegen nach dem vertragsmäßigen Güterrechte, so hat die Frau

1. zunächst zu beweisen, daß die in Anspruch genommenen Gegenstände nicht zum Gesamtgute gehören,
2. nachdem sie diesen Beweis erbracht hat, hat sie
    a) bezüglich der Gegenstände die Vermutung des § 1362 Abs. 1 zu widerlegen,
    b) bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände spricht die Vermutung des Abs. 2 für sie.

---

[1]) Wieruszowski (S. 161) bringt zur Widerlegung der Beckhschen Ansicht folgendes vor: „Abs. 2 werde zweifellos durch den Nachweis widerlegt, daß die betreffende Sache Gesamtgutsbestandteil sei. Und wenn das Gesetz diesen Nachweis durch § 1527 erleichtere, diese Beweiserleichterung aber auch für die zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen nicht ausdrücklich wegfallen lasse, so müsse § 1527 den § 1362 Abs. 2 überwinden."

Wir sehen, bei dem Aussonderungsbegehren der Ehefrau bildet es einen erheblichen Unterschied, ob sie mit ihrem Manne nach dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterrecht lebt. Dieser Unterschied zeigt sich darin, daß die Ehefrau bei dem vertragsmäßigen Güterrecht zunächst die Gesamtgutsvermutung zu widerlegen hat. Es werden also von ihr mehr Beweise verlangt, mit anderen Worten die Beweislast der Frau ist hier erschwert.

Innerhalb der einzelnen gesetzlichen und vertragsmäßigen Güterstände könnten kleine Unterschiede höchstens darin gefunden werden, als die Frau (wo nicht die Vermutung für sie spricht) die Zugehörigkeit gerade zu ihrer bei dem einzelnen Güterstande geltenden Gütermasse zu beweisen hat.

Geprüft sei hier noch die Frage, ob dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen, wenn die Ehegatten getrennt in verschiedenen Wohnungen leben, oder ob sich Abweichungen ergeben. Hier könnte man zunächst Bedenken haben, diese Vorschriften anzuwenden, insbesondere wenn man an den Zweck der Vermutung des § 1362, der zu Beginn dieses Abschnittes geschildert ist, denkt: Es sollen gegen die Folgen der durch das Zusammenwohnen der Ehegatten bedingten Vermischung der beiderseitigen Vermögensstücke die Gläubiger geschützt werden. Leben nun die Ehegatten tatsächlich getrennt, so scheint dem Paragraphen die Grundlage entzogen zu sein, und ein Bedürfnis zu seiner Anwendung scheint nicht vorzuliegen. Doch dem ist nicht so. Einmal ist in all diesen Fällen nicht ausgeschlossen, ja sogar wahrscheinlich, daß eine Vermögensvermengung schon eingetreten ist, bevor die tatsächliche Trennung erfolgte. Ferner wäre, wenn für alle diese Fälle der Paragraph nicht zur Anwendung käme, einer dolosen Umgehung dieses Paragraphen die Tür geöffnet. Die Ehegatten könnten z. B. kurz vor Ausbruch des Konkurses eine Trennung zum Schein vereinbaren. Ausschlaggebend ist jedoch der Umstand, daß im Gesetz kein Unterschied zwischen zusammenlebenden und getrenntlebenden Ehegatten gemacht wird. Und dieser Unterschied scheint absichtlich nicht gemacht worden zu sein; denn man hatte im § 1656 des Sächsischen B. G.-B. ein

Vorbild. Der Paragraph lautet: „Alle beweglichen Sachen in der Wohnung des Ehemannes gehören im Zweifel dem Ehemanne eigentümlich; ausgenommen usw." Gerade wenn eine solche Bestimmung, die dem Gesetzgeber bekannt sein mußte, nicht aufgenommen wurde, so beweist das nur, daß der Gesetzgeber die beiden Fälle des Getrennt- und Zusammenlebens gleichbehandelt wissen wollte.

Derselben Meinung, daß § 1362 auch unter getrennt lebenden Ehegatten Anwendung findet, sind Planck, Fischer-Henle, Wieruszowski, Schmidt-Habicht.[1])

§ 19.

IV. Beschränkung der Aussonderungsansprüche auf Grund des § 45 K.-O.

Wir haben bisher gezeigt, was für die Frau nach B. G.-B. erforderlich ist, um die Gegenstände aus der Konkursmasse ihres Mannes auszusondern. Wir sind auf die einzelnen Güterstände eingegangen und haben gesehen, welche Modifikationen sich bei ihnen bezüglich der Beweislast ergeben. Es muß nunmehr erörtert werden, daß diese Aussonderungsansprüche nach der K.-O. noch einer Beschränkung unterliegen. § 45 K.-O. sagt:

> „Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind."

Es genügt also im Falle des Konkurses des Ehemannes noch nicht, daß die Ehefrau an den auszusondernden Sachen ihr Eigentum nachweist (dies mußte sie nach bürgerl. Rechte tun), sie muß vielmehr außerdem, infolge der Vermutung, daß sie mit Mitteln des Mannes erworben hat, beweisen, daß der Erwerb der in Anspruch genommenen Gegenstände nicht mit

---

[1]) Planck, Bd. 4 § 1362 Anm. 2; Fischer-Henle, § 1362 Anm. 3; Wieruszowski, S. 144 No. 3a; Schmidt-Habicht, S. 175.

Mitteln des Mannes erfolgt ist. Kann sie diese Vermutung nicht entkräften, so gelten, obgleich sie Eigentümerin der Gegenstände sein kann, diese infolge der „beschränkten Fiktion“,[1]) die außerdem der § 45 enthält, „im Interesse der Konkursgläubiger des Mannes als zu dessen Vermögen gehörend.“

§ 45 stellt für die persönlichen Gebrauchsgegenstände der Frau keine Besonderheit auf, dagegen hat er zur Voraussetzung, daß die Gegenstände von der Frau während der Ehe erworben sind. Steht also fest, daß die Frau die Gegenstände vor Eingehung der Ehe erworben hat, so gilt im Konkurse nichts Besonderes, es kommt dann das unter III Gesagte unbeschränkt zur Anwendung.

a) Es fragt sich, wer hat zu beweisen, daß der Erwerb während der Ehe erfolgt ist. M. E. trifft die Beweislast den, der sich auf den § 45 beruft. Denn es gehört unbedingt zur Voraussetzung des Paragraphen, daß der Erwerb während der Ehe erfolgt ist, und diese Voraussetzung hat nach den allgemeinen Grundsätzen derjenige zu beweisen, der sich auf die Vorschrift beruft. Derselben Meinung Jaeger, Wieruszowski, Fitting und wohl auch Dernburg.[2]) Planck scheint anderer Meinung zu sein, indem er behauptet, daß die Vermutung des § 45 die Vermutung des § 1362 Abs. 1 für den Konkurs entbehrlich mache.[3]) Denn diese Behauptung ist nur dann zu verstehen, wenn er auf Grund des § 45 eine Vermutung auch für den Erwerb während der Ehe annimmt.[4])

Nach Wieruszowski[5]) scheint auch Bossert die Ansicht zu vertreten, daß die Frau stets zum Nachweise des vorehelichen Erwerbes verpflichtet ist. Aus der vorliegenden

---

[1]) Jaeger, § 45 Anm. 3.

[2]) Jaeger, § 45 Anm. 15; Wieruszowski, S. 166; Fitting, S. 269 Anm. 26; Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 3 S. 83.

[3]) Planck, Bd. 4 § 1362 Anm. 2.

[4]) Vgl. Wieruszowski, S. 166 Anm. 94.

[5]) Wieruszowski, S. 166 Anm. 94.

4. Auflage des Kommentars von Sarwey-Bossert geht dies jedoch nicht hervor.[1])

Die Frage ist von geringer praktischer Bedeutung; denn durch den Eigentumsnachweis, zu welchem die Ehefrau verpflichtet ist, wird sich regelmäßig ergeben, ob der Erwerb in die Zeit vor der Ehe fällt, oder nicht. Immerhin könnte die Frage jedoch praktische Bedeutung erlangen, wenn die Ehegatten z. B. nach dem gesetzlichen Güterstande leben und die Ehefrau persönliche Gebrauchsgegenstände aussondern will, denn hier wird Eigentum der Frau vermutet. Sache des Konkursverwalters wäre es, diese Vermutung zu entkräften, oder aber der Frau nachzuweisen, daß sie diese Gebrauchsgegenstände während der Ehe erworben hat. Demgegenüber müßte nun die Frau den Nachweis erbringen, daß diese Gebrauchsgegenstände nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft wurden. Weniger praktische Bedeutung wird die Frage haben, wenn es sich bei demselben Güterstande um Aussonderung der Gegenstände handelt. Denn da hier die Frau nach § 1362 Abs. 1 die ihr ungünstige Vermutung zu widerlegen hat, so wird sich hieraus, wie schon oben erwähnt, auch regelmäßig der Erwerb vor oder während der Ehe ergeben. Dasselbe gilt, wenn die Ehegatten nach vertragsmäßigem Güterrechte leben, und zwar hier auch bezüglich der persönlichen Gebrauchsgegenstände, weil die Gesamtgutsvermutungen zu widerlegen sind.

b) Die Ehefrau kann, wie wir gesehen haben, die Gegenstände nur aussondern, wenn sie nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind. Es ist nicht zu verkennen, daß

---

[1]) Hier heißt es wörtlich (§ 45 Anm. 5): „Der Beweis des § 45 liegt der Frau nur bei den während der Ehe erworbenen Gegenständen ob. Beweist sie also, daß der betr. Gegenstand vor der Ehe erworben wurde, so ist eine weitere Beweisführung im Sinne des § 45 entbehrlich." Aus diesem Satze kann man m. E. durchaus keine Verpflichtung der Frau zum Beweise, daß die Gegenstände vor der Ehe erworben sind, herauslesen. Es steht hier nur das tatsächliche Moment, daß, falls die Frau den Erwerb vor der Ehe nachweist, ihr die weitere Beweisführung erspart bleibt.

der Beweis, den § 45 K.-O. von der Frau verlangt, der Frau gewiß öfters große Schwierigkeiten bereiten wird. Die Motive[1]) sagen hierüber: „Der von der Ehefrau verlangte Nachweis kann allerdings Schwierigkeiten unterliegen . . . Die Freiheit, die hier in der Art der Beweisführung gewährt ist, und eine verständige Beweiswürdigung durch den Richter wird ihr über unverschuldete Schwierigkeiten hinweghelfen."

Ganz belanglos ist es natürlich, wenn die Frau die in Anspruch genommenen Gegenstände etwa selbst bezahlt hat; dadurch entkräftet sie keineswegs die Vermutung, daß die Mittel, die sie zum Bezahlen verwendet hat, nicht Mittel des Gemeinschuldners sind. Dieser Begriff „Mittel des Gemeinschuldners" bedarf hier noch einer Erörterung.

Der Nachweis ist erforderlich, daß nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben ist. Die Frau braucht hiernach nicht zu beweisen, daß sie mit ihren Mitteln erworben hat, es würde genügen, wenn sie den Erwerb mit Mitteln Dritter dartut. Die „Mittel" sind kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff.[2]) Die Gegenstände werden vor allem dann mit Mitteln des Gemeinschuldners angeschafft sein, wenn dadurch das Vermögen des Gemeinschuldners eine Verringerung erfahren hat. Hatte die Frau die Gegenstände mit den Mitteln erworben, welche der Mann auf Grund der Unterhaltungspflicht ihr schuldete, so hat sich durch die Anschaffung das Vermögen des Mannes nicht vermindert, vielmehr hat der Mann eine ihn treffende Verpflichtung erfüllt, und nunmehr hat die Frau die Gegenstände mit Mitteln, die bereits in ihr Eigentum übergegangen waren, also mit ihren Mitteln, und nicht mit denen des Mannes erworben.[3])

Hat die Frau teilweise mit ihren Mitteln und teilweise mit denen des Mannes erworben, so ist nach der herrschenden

---

[1]) Motive zur K.-O., S. 1444.

[2]) Jaeger, § 45 Anm. 7.

[3]) Ebenso Jaeger, § 45 Anm. 7; Sarwey-Bossert, § 45 Anm. 7; Wilmowski, § 45 Anm. 10.

Meinung[1]) (abweichend nur Wilmowski § 45 Anm. 12) zu unterscheiden, ob die erworbenen Gegenstände teilbar sind, oder nicht. Ist ersteres der Fall, so kann man der Frau eine Aussonderung der Sachen, soweit sie mit ihren Mitteln erworben sind, nicht versagen, denn kann der Erwerb in einzelne Teile zerlegt werden, so liegt es ebenso, wie wenn die Anschaffung der einzelnen Teile zu verschiedenen Zeiten mit den gesonderten Mitteln der Ehegatten erfolgt wäre.[2])

Bei Teilbarkeit des Gegenstandes herrscht also in der Literatur Einigkeit, abgesehen von der Ansicht Wilmowskis, der der Frau kein Aussonderungsrecht, sondern einen Masseanspruch gewähren will.

Streit herrscht jedoch darüber, wie unteilbare Gegenstände zu behandeln sind.

Die Ansicht Dernburgs,[3]) der unterscheidet, ob der größere Teil des Aufwandes aus den Mitteln des Mannes oder der Frau erfolgt ist, und dementsprechend den ganzen Gegenstand dem Manne bezw. der Frau zuspricht, führt zu unbilligen Ergebnissen und entbehrt der gesetzlichen Grundlage.[4])

Wilmowski[5]) nimmt auch hier, genau wie oben, bei Teilbarkeit des Gegenstandes, nur einen Masseanspruch an; das Aussonderungsrecht sei ausgeschlossen, denn die Frau „könne den Beweis nicht führen, daß sie nicht mit Mitteln des Mannes erworben habe." Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn die Frau führt tatsächlich den Beweis insoweit, als sie ihre Mittel verwendet hat, insoweit ist also auch ein Aussonderungsrecht und kein Masseanspruch anzunehmen.

Die herrschende Meinung gewährt denn auch der Frau einen Aussonderungsanspruch bezüglich des ideellen Anteiles,

---

1) Jaeger, § 45 Anm. 8; Petersen-Kleinfeller, S. 245; Fitting, S. 270 Anm. 27; Sarwey-Bossert, S. 225.

2) Vgl. hierzu Petersen-Kleinfeller, S. 245/46; Sarwey-Bossert, S. 225 Anm. 7 Ziff. 3.

3) Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 3 § 26 Nr. 7.

4) Ebenso Sarwey-Bossert, § 45 Anm. 7 Nr. 3; Jaeger, § 45 Anm. 8; Wilmowski, § 45 Anm. 12.

5) Wilmowski, § 45 Anm. 12.

dessen Quote den von der Frau aufgewandten Mitteln entspricht. So besonders Sarwey-Bossert, Jaeger, Petersen-Kleinfeller, Seuffert, Mandry-Geib[1]) u. a.

Die Frau hätte ferner das Recht zu verlangen, daß hier eine Auseinandersetzung nach § 16 K.-O. erfolge.[2])

§ 20.

V. Zusammenstellung der Beweislastverteilung im Aussonderungsprozesse.

Am Schlusse dieser Ausführungen soll die Beweislastverteilung im Aussonderungsprozesse noch einmal im Zusammenhange dargestellt werden.

A. Die Ehefrau verlangt die Aussonderung der „Gegenstände".

1. Hierbei hat sie, wenn die Ehegatten nach dem

gesetzlichen Güterrechte

leben,

a) die Vermutung des § 1362 Abs. 1 zu entkräften, wonach die Gegenstände dem Manne gehören;

b) nachdem die Vermutung widerlegt ist, hat der Konkursverwalter zu beweisen, daß die Gegenstände während der Ehe erworben sind (§ 45 K.-O.);

c) ist dieser Beweis dem Konkursverwalter gelungen, was sehr wahrscheinlich ist (vgl. S. 36), so hat die Frau nachzuweisen, daß die Gegenstände nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft sind.

2. Leben die Ehegatten nach dem

vertragsmäßigen Güterrechte,

so hat die Frau

a) die für das Gesamtgut streitenden Vermutungen und

---

1) Sarwey-Bossert, § 45 Anm. 7 Ziff. 3; Jaeger, § 45 Anm. 8; Petersen-Kleinfeller, S. 246; Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 99; Mandry-Geib, § 28 Anm. 7.

2) Vgl. Jaeger, § 45 Anm. 8; Schmidt-Habicht, S. 177.

b) sodann die Vermutungen des § 1362 Abs. 1 zu widerlegen;

c) jetzt hat der Konkursverwalter den Erwerb während der Ehe zu beweisen und daraufhin

d) die Frau nachzuweisen, daß die Gegenstände nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft sind.

B. Die Ehefrau verlangt die Aussonderung persönlicher Gebrauchsgegenstände.

1. Hierbei spricht bei dem

gesetzlichen Güterrechte

a) die Vermutung des § 1362 Abs. 2 für die Frau. Die Beweislast hätte der Konkursverwalter. Kann dieser die Vermutung nicht entkräften,

b) so müßte er der Frau ehelichen Erwerb nachweisen;

c) demgegenüber müßte die Frau nach § 45 K.-O. beweisen, daß die persönlichen Gebrauchsgegenstände nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft sind.

2. Ist der

vertragsmäßige Güterstand

vereinbart, so hat die Frau

a) die für das Gesamtgut streitenden Vermutungen zu widerlegen;

b) sodann müßte der Konkursverwalter die Vermutung des § 1362 Abs. 2 entkräften. Gelingt ihm dies, so ist das Aussonderungsrecht der Frau ausgeschlossen; kann er es nicht, so hätte

c) der Konkursverwalter der Frau Erwerb dieser Gegenstände während der Ehe nachzuweisen;

d) demgegenüber hätte die Frau zu beweisen, daß diese Gegenstände nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft sind.

Lebenslauf.

▫▫▫

Ich, Paul Markowitz, wurde am 15. Januar 1883 in Strelno in Posen als Sohn des Kaufmanns Max Markowitz und seiner Ehefrau Franziska, geb. Rudnicki geboren.

Ich besuchte das Kgl. Gymnasium zu Gnesen und, nach der Übersiedelung meiner Eltern im Jahre 1897 nach Breslau, die Gymnasien zu St. Maria Magdalena und St. Johannes in Breslau. Letzteres verließ ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife.

Hierauf studierte ich an den Universitäten Freiburg i. B. (1 S.), Berlin (1 S.) und Breslau (5 S.) die Rechtswissenschaften. Ich hörte die Vorlesungen folgender Herren Dozenten: Beyerle, Bohn †, Bornhak, Brie, Dahn, Ebbinghaus, Eisele, Engelmann, Fischer, Fleischer, Geiger, Gretener, Heilborn, Hübler, Jörs, Kohler, Leonhard, v. Liszt, Mendel, Muther †, Neubecker, Erich Schmidt, Rich. Schmidt, v. Schulze-Gävernitz, v. Seeler, Sombart, Stern, v. Wilamowitz-Möllendorff, Wolf.

Am 14. Februar 1907 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung, am 6. März 1907 das examen rigorosum.

Ich wurde als Referendar zunächst dem Kgl Amtsgericht in Frankenstein i. Schl. zur Ausbildung überwiesen.

Meiner Militärpflicht genügte ich vom 1. Oktober 1907 ab als Einjährig-Freiwilliger bei dem Feldartillerie-Regiment v. Peucker (1. Schles.) Nr. 6 in Breslau.

Seit Mitte Dezember 1908 bin ich bei dem Kgl. Landgericht in Breslau beschäftigt.

Herrn Professor Schott spreche ich an dieser Stelle für seine wertvollen Anregungen zu dieser Arbeit meinen aufrichtigen Dank aus.
